

LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y SU DESVINCULACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD Y AUTONOMÍA REPRODUCTIVAS

ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AND THEIR DELINKING FROM THE RIGHT TO REPRODUCTIVE HEALTH AND AUTONOMY

Adriana Melgar Rimachi*

RESUMEN: El objeto de este artículo es proveer de una justificación suficiente a la objeción de la tesis actual que postula a las técnicas de reproducción humana asistida (TERAS) como parte de los derechos reproductivos. Se discutirá que la prohibición de las TERAS supone una violación del derecho a la salud y autonomía reproductivas; que del derecho a fundar una familia se deriva el derecho a acceder libremente a las TERAS; y que los denominados “derechos” al hijo o a la reproducción asistida por motivos sociales forman parte de los derechos reproductivos. Este trabajo tratará estas cuestiones en el contexto de parejas infértiles. Se ofrece una perspectiva femenina renovada que reconoce la reivindicación de la mujer, de la maternidad y paternidad, y abre paso a un nuevo debate acerca de los derechos reproductivos en el marco del continuo repensar de los derechos humanos.

Palabras clave: derechos reproductivos, salud reproductiva, autonomía reproductiva, TERAS, derecho al hijo.

ABSTRACT: The purpose of this article is to provide sufficient justification for the objection to the current thesis that postulates assisted reproductive techniques (ART) as part of reproductive rights. It will be disputed that the prohibition of ART represents a violation of the right to reproductive health and autonomy; that the right to freely access ART derives from the right to found a family; and that the so-called “rights” to a child or to assisted reproduction for social reasons are part of reproductive rights. This work will address these issues in the context of infertile couples. A renewed feminine perspective is offered that recognizes the vindication of women’s rights, of motherhood and paternity, and paves the

* Máster en la Teoría y Práctica de los Derechos Humanos por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Oslo (Noruega). Docente a tiempo completo en el Departamento de Derecho y Ciencia Política, Universidad Católica San Pablo. Dirección Postal: Urb. Campiña Paisajista, s/n, Quinta Vivanco, Arequipa, 04001. Correo electrónico: amelgar@ucsp.edu.pe.  0000-0001-9372-702X. Agradezco especialmente los comentarios y sugerencias de la profesora Ligia Castaldi. Esta investigación ha sido desarrollada gracias al financiamiento del concurso “25 Años al servicio de la Investigación de la Universidad Católica San Pablo”.

way to a new debate about reproductive rights within the framework of the continuous rethinking of human rights.

Keywords: reproductive rights, reproductive health, reproductive autonomy, ART, right to a child.

I. EL RECONOCIMIENTO Y LA FORMULACIÓN DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

Las últimas décadas han visto surgir nuevos derechos humanos que traen consigo el desafío de lograr su armonización con otros derechos de su misma especie, pues como es sabido los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí¹. En ese sentido, el tránsito hacia la posmodernidad trajo consigo el derecho a un medio ambiente limpio y saludable, directamente relacionado con el derecho a la vida² y al respeto de la vida privada y familiar³; o, recientemente, el derecho al cuidado⁴, estrechamente vinculado con el derecho a la igualdad y no discriminación, a la salud, a la vida familiar, entre otros.

Por otra parte, la sexualidad y procreación, asuntos antes pertenecientes estrictamente al ámbito privado de las personas, han adquirido un protagonismo relevante dando lugar a los denominados derechos sexuales y reproductivos. Estos derechos se asientan en la premisa innegable de que “la sexualidad forma parte del conjunto de atributos y facultades de la persona humana, que es inherente a su naturaleza, que posee un carácter universal, y que la reproducción debe ser, en el ser humano, una expresión de libertad, voluntad y responsabilidad”⁵; así como de decisiones lo mejor posible informadas, debiendo las personas contar con la información, la educación y el acceso a los servicios y medios que se requieran para tal fin⁶.

Hoy en día la protección de los derechos reproductivos se encuentra circunscrita, entre otras cosas, a garantizar el libre acceso a las TERAS y a favorecer nuevos “derechos” como “el derecho al hijo o a la procreación” o el “derecho a la procreación asistida por motivos sociales”. Sin embargo, como veremos más adelante, la nominación de estos “derechos” no obedece a una realidad deóntica, es decir, no se trataría de bienes básicos debidos en justicia que resultan históricamente imprescindibles.

¹ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.157/23.

² Tribunal Europeo de DD.HH., *L.C.B. c. REINO UNIDO*; Tribunal Europeo de DD.HH., *ÖZEL Y OTROS c. TURQUÍA*.

³ Tribunal Europeo de DD.HH., *GUERRA Y OTROS c. ITALIA*; Tribunal Europeo de DD.HH., *VILNES Y OTROS c. NORUEGA*.

⁴ Discutido en el Sistema Interamericano con motivo de la solicitud de opinión consultiva de Argentina a la Corte Interamericana de DD.HH.

⁵ PÉREZ DUARTE (2002) p. 1004.

⁶ Si bien los derechos sexuales y los reproductivos son dos categorías de derechos interrelacionadas, en este trabajo nos enfocaremos únicamente en los derechos reproductivos dado que son estos los que se vinculan con las TERAS y es esta relación lo que se pretende discutir en este artículo.

dibles para el desarrollo o florecimiento humano, que se caracterizan por su universalidad, su fundamentalidad, su moralidad, su abstracción y su prioridad. Además, que la conjunción de las TERAS con los derechos reproductivos es inconsistente e innecesaria para la realización efectiva de los mismos.

Conviene recordar, asimismo, que el surgimiento de los derechos reproductivos estuvo muy asociado con la lucha por la reivindicación de la mujer a quien históricamente se le ha asignado un estatus subordinado en términos de poder económico, toma de decisiones y opciones con respecto al trabajo, la educación, la salud y la familia. Es más “(...) el concepto de derechos reproductivos surge, inicialmente, como una elaboración teórica para fundamentar y tratar de construir nuevas estructuras sociales que favorecieran la maternidad libre y la paternidad responsable; estructuras en las que se reconociera la función que ambas relaciones tienen en la construcción de la personalidad tanto de los varones como de las mujeres (...)”⁷.

Para un sector, los derechos reproductivos vieron la luz en la esfera internacional en la Conferencia de Teherán de 1968, cuando primeramente se estableció que los padres tienen un derecho intrínseco a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos y a obtener la información necesaria para ello⁸. Asimismo, se considera que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW), que es el tratado de derechos humanos contemporáneo más relevante en materia de derechos de las mujeres, proporciona el marco normativo internacional más acabado para los derechos reproductivos, por ser el único instrumento que a nivel universal se refiere de forma específica a la planificación familiar⁹. En el artículo 12.1 se establece que los Estados parte deben asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, en los que se comprenden los relacionados con la planificación de la familia¹⁰. Mientras que en el artículo 16.1.e se establece que, en la familia, la mujer debe tener los mismos derechos que el varón, entre otras cosas, a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos¹¹.

En los años noventa, los avances dentro del sistema universal de derechos humanos, las normas y políticas nacionales, así como las iniciativas de ONGs hicieron adelantar la comprensión de los derechos humanos de las mujeres y, por ende, de

⁷ PÉREZ DUARTE (2002) p. 1008. Para Turner el origen de estos derechos se debió a la preocupación de los países desarrollados por la explosión demográfica de los países pobres. Esto llevó a establecer derechos y crear políticas que influyesen sobre el comportamiento reproductivo de las personas, con el fin de controlar el crecimiento poblacional a través del control de natalidad. TURNER (2001) pp. 208-209.

⁸ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.32/41; NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, E/CONF.66/34; NACIONES UNIDAS, ECOSOC, E/5585; NACIONES UNIDAS, ECOSOC, E/CONF.76119.

⁹ PÉREZ DUARTE (2002) p. 1009.

¹⁰ CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER.

¹¹ CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER.

los derechos reproductivos. Esto se hizo evidente durante las conferencias sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y sobre Derechos Humanos¹², en las que se reconoció que no se puede hablar de derechos humanos sin hablar de los derechos de la mujer y no se puede hablar de derechos de la mujer sin hablar de derechos reproductivos, ya que éstos son una parte integral de aquellos. No obstante, no es sino hasta 1994 cuando surgió el concepto de salud reproductiva, así como el derecho correspondiente. En la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (en adelante, CIPD) celebrada en ese año en El Cairo y la IV Conferencia Internacional de la Mujer que se realizó el año siguiente en Pekín se reconoció que:

La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legamente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos¹³.

El principio 8 del Programa de Acción de El Cairo destaca por el planteamiento que hace de la salud reproductiva desde la perspectiva de los derechos humanos, recogiendo lo estipulado en los artículos 12 y 16 de la CEDAW antes mencionados. Además, en ese principio se destaca que “(...) los programas de atención de la salud reproductiva deberían proporcionar los más amplios servicios posibles sin ningún tipo de coacción”¹⁴. Esta aproximación a la salud reproductiva evoca el papel fundamental que cumplen los contextos institucionales, culturales y políticos en que tienen lugar las decisiones y comportamientos reproductivos¹⁵. Lo que más adelante nos servirá para entender la importancia del contexto que enmarca las decisiones de las parejas infértiles que optan por las TERAS.

Por su parte, con el mismo enfoque de derechos humanos, la Plataforma de Pekín hizo un llamado a los Estados parte de los tratados de derechos humanos y a los comités que supervisan su cumplimiento a tener en consideración los compromisos de la Plataforma durante el proceso de presentación de informes estatales¹⁶.

¹² NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.151/26/Rev.1; NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.157/23.

¹³ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.171/13/Rev.1, párrafo 7.2; NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.177/20/Rev.1, párr. 94.

¹⁴ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.171/13/Rev.1.

¹⁵ ESPARZA y CANO (2018) p. 19.

¹⁶ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.177/20/Rev.1, Capítulo V Disposiciones institucionales, C. Actividades en el plano internacional, párr. 322.

Este llamamiento ha sido acogido por el Comité que monitorea la CEDAW que en muchas ocasiones ha aplicado los estándares de El Cairo y Pekín al determinar si los Estados han cumplido con sus obligaciones de tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación en el área de la salud sexual y reproductiva¹⁷. Esto demuestra que, aunque los compromisos estatales hechos en El Cairo y Pekín no son legalmente vinculantes, los dos documentos resultantes simbolizan el consenso de la comunidad internacional sobre la importancia de la protección y promoción de la salud reproductiva.

Es importante mencionar que, los derechos reproductivos como tales no están explicitados en ningún instrumento legal internacional de derechos humanos, pero se puede entrever consenso estatal¹⁸ y doctrinal en observar su inclusión, dispersa, en los mismos¹⁹, de lo que resulta su aplicabilidad²⁰. Además, en diversos instrumentos constitucionales²¹ y jurisprudencia nacional²² e interamericana²³ se ha reconocido a los derechos reproductivos como derechos humanos. En ese sentido, se puede afirmar que “los derechos reproductivos sí están reconocidos internacionalmente y sí son jurídicamente vinculantes”²⁴.

Sin perjuicio de ello, hay que aclarar que tanto el Programa de Acción de El Cairo como la Plataforma de Pekín se basan en un modelo de reivindicación femenina bastante contradictorio. En unas ocasiones destaca la visión de que la mujer es titular en exclusiva y total independencia con respecto al varón de la reproducción²⁵

¹⁷ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, CEDAW/C/GC/35, párrafo 2.

¹⁸ Corte Interamericana de DD.HH., *CASO I.V. vs. BOLIVIA*, párrafo 140; *CASO GUZMÁN ALBARRACÍN Y OTRAS vs. ECUADOR*, párrafos 237-238; *GONZÁLES LLUY Y OTROS vs. ECUADOR*, párrafo 381.

¹⁹ Según Facio son doce los derechos humanos que se encuentran vinculados con los derechos reproductivos o que los conforman. FACIO (2008) pp. 26-28.

²⁰ REGUERA (2013) p. 144.

²¹ La Carta ecuatoriana menciona explícitamente a los derechos reproductivos en los artículos 32, 66, 332 y 363.3. La Constitución de Nicaragua reconoce la protección al proceso de reproducción humana en el art. 74. Textos constitucionales provinciales o locales como la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires de 1996, reconoce los derechos reproductivos en el artículo 21.4. Constitucionalmente el derecho a decidir sobre el número de hijos y su espaciamiento, que es un derecho reproductivo, está reconocido en Brasil, México, Colombia, Ecuador, Perú y Paraguay.

²² Por citar un ejemplo, en el Perú: *ONG “ACCIÓN DE LUCHA ANTICORRUPCIÓN”* (2009), párrafos 5-6; *DIEZ MIL SEISCIENTES CIUDADANOS CONTRA EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA* (2012) párrafo 85; *ANDREA ÁLVAREZ* (2015) párrafo 15.

²³ Corte Interamericana de DD.HH., *CASO I.V. CONTRA BOLIVIA*, párrafos 157-158, 297-305; *CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) vs. COSTA RICA*, párrafo 148; *CASO GUZMÁN ALBARRACÍN Y OTRAS vs. ECUADOR*, párrafos 139,143; *CASO GONZÁLES LLUY Y OTROS vs. ECUADOR*, párrafo 197; *CASO CUSCUL PIVARAL Y OTROS vs. GUATEMALA*, párrafo 133.

²⁴ FACIO (2008) p. 25.

²⁵ En el principio 4 del Programa de Acción de la CIPD se estipula que sea la mujer quien controle su propia fecundidad, como uno de los requisitos para promover la equidad y la igualdad de los sexos y derechos de la mujer. Asimismo, en la primera parte del principio 96 de la Plataforma de Acción de Pekín se señala que “Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control

y en otras ocasiones se refleja el modelo que concibe una titularidad compartida porque se reconoce que la reproducción es asunto de dos, y se hace un llamamiento a la corresponsabilidad en el ejercicio de la paternidad y maternidad²⁶. Estas inconsistencias, que desde luego han afectado la correcta fundamentación y caracterización de los derechos reproductivos porque a la par que se exige la responsabilidad paterna también se elimina la decisión del padre progenitor reivindicando la autonomía absoluta de la mujer en decisiones referidas al número de hijos, no son óbice para intentar ofrecer un nuevo entendimiento de estos derechos ni para abandonar su defensa y promoción.

Y en ese sentido, bajo la premisa que reconoce el valor y la importancia que tiene la reproducción humana como un bien que contribuye al despliegue de la persona humana, somos de la idea de que el modelo de reivindicación femenina que funge de base para una mejor comprensión de los derechos reproductivos de todos es aquel en el que la maternidad no es vista como una carga ni como un deseo del que la mujer se debe liberar o puede reclamar su realización respectivamente, con miras a obtener un lugar en el ámbito público o concretar un anhelo. A la luz de este modelo, los derechos reproductivos nacen de la interrelación e interdependencia que existe en la diferencia entre lo femenino y lo masculino, y se fundamentan en el reconocimiento de la diferencia que atañe a la mujer y a su ser femenino y en el llamado a la reivindicación de lo masculino y de la paternidad, para el logro de un reparto de roles equitativo entre varón y mujer tanto en el ámbito privado como en el público²⁷.

Lamentablemente, las confusiones y claroscuros que los derechos reproductivos entendidos erróneamente planteaban desde entonces continuaron reflejándose más adelante. En el Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo que se celebró en 2013 se corroboró el limitado progreso en el objetivo de acceso universal a la salud sexual y reproductiva y, debido a ello, se propuso que el acceso efectivo de todas las mujeres a la atención integral en salud en el proceso reproductivo debe incluir la garantía del acceso universal a las TERAS²⁸. Lo paradójico es que ni el debate nacional ni el internacional han encontrado claridad ni consenso sobre este tópico, dándole un tratamiento fragmentado y, muchas veces, contradictorio.

sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia”.

²⁶ En la segunda parte del principio 96 señala que “Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual”.

²⁷ ELÓSEGUI (2002) p. 133.

²⁸ El párrafo 43 señala: “Asegurar el acceso efectivo de todas las mujeres a la atención integral en salud en el proceso reproductivo, específicamente a atención obstétrica humanizada, calificada, institucional y de calidad, y a servicios óptimos de salud de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, así como a servicios que integren la interrupción del embarazo en los casos previstos por la ley y garantizar el acceso universal a técnicas de fertilización asistida”. NACIONES UNIDAS, CEPAL, LC/L.3697.

II. LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS Y LAS TERAS

En la línea de lo anteriormente expuesto, hay quienes piensan que la omisión o negativa para incorporar los avances tecnológicos e innovaciones en la prestación de servicios de salud reproductiva, tales como tecnologías y avances de reproducción asistida, pone en peligro la calidad de cuidado²⁹. Y otros que explícitamente han señalado que las TERAS forman parte de los derechos reproductivos de toda persona, los cuales le permiten tomar decisiones en torno a cuándo y cómo quieren reproducirse³⁰. Estos planteamientos parten de la premisa de que las TERAS y los derechos reproductivos, concretamente la salud y autonomía reproductivas, guardan una relación de medio a fin y que, por tanto, una medida para proteger estos derechos será el facilitar el acceso a las TERAS. Sin embargo, la asociación de estas técnicas con el derecho a la salud reproductiva es ilógica porque las primeras no son medios adecuados, necesarios, asequibles y de calidad para la realización de lo segundo.

En primer lugar, las TERAS son un conjunto de técnicas y procedimientos onerosos que sustituyen el proceso natural de reproducción con el objetivo (la mayoría de las veces fallido) de facilitar el embarazo, y que no pueden garantizar la gestación a término. Estas técnicas no cumplen los requisitos que la atención de la salud reproductiva exige, esto es, la provisión de técnicas y servicios que eviten y resuelvan problemas relacionados con la salud reproductiva y en ese sentido contribuyan a la salud y bienestar reproductivo³¹. Las TERAS no son técnicas que remedien enfermedades ni reparen el funcionamiento de órganos, ni se ha demostrado que prevengan o sorteen problemas de salud reproductiva. Se trata de procedimientos que no son restaurativos o terapéuticos y que, por lo tanto, no contribuyen al derecho de todos al disfrute del más alto nivel posible de salud en materia reproductiva.

En segundo lugar, las TERAS³², que se aplican principalmente en el cuerpo de la mujer, conllevan altos riesgos o efectos indeseados para su vida, salud e integridad personal. El uso de estas técnicas supone el sometimiento de la mujer a la influencia de una serie de fármacos y hormonas que tienden a incrementar los estados de estrés severo corporal y psicológico que conlleva la enfermedad que causa la infertilidad, y que afectan directamente la integridad personal y la salud de la mujer al generarle nuevos padecimientos físicos y mentales. Esta afectación física y psíquica también se evidencia en la transformación que el uso de las TERAS hace del cuerpo de las mujeres, los que convierte en lugares de intervención pública³³, no

²⁹ BLADILO, DE LA TORRE y HERRERA (2017) p. 14.

³⁰ SÁNCHEZ (2019) p. 855.

³¹ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.171/13/Rev.1, Capítulo VII.

³² No solo las técnicas de alta complejidad como la fecundación in vitro con transferencia embrionaria (FIVET) o la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) conllevan riesgos graves. Todos los tratamientos de reproducción asistida requieren hormonas estimulantes (gonadotropinas) a veces combinadas con otras sustancias, que pueden en cualquier caso atentar contra la vida, salud e integridad de la mujer receptora y donante. BACARDIT (2020) p. 98.

³³ CAMBRÓN (2001) p. 180.

sólo para asegurar descendencia sino también para otros fines, como el perfeccionamiento de las técnicas reproductoras.

En tercer lugar, reconocer el uso de las TERAS como parte integrante de los derechos reproductivos significaría admitir que estos derechos no son en realidad derechos humanos, sino derechos que solo les pertenecen a las mujeres, dado que es en sus cuerpos donde exclusivamente dichas técnicas se aplican, y bajo esa lógica solo las mujeres podrían ejercer derechos reproductivos. La otra posibilidad es admitir que los varones estarían lícitamente aptos para servirse de los cuerpos femeninos con el fin de ejercer sus derechos reproductivos a través de las TERAS. En el contexto de la infertilidad, la reproducción asistida se enfoca principalmente en el cuerpo de la mujer que quiere tener un hijo, inclusive si es el varón el que tiene el impedimento. Si el varón es infértil las TERAS no pueden tratarlo, ayudarlo a prevenir dicha infertilidad ni a regular su fecundidad. Por el contrario, el lugar que las TERAS ofrecen a los varones es el de proveedores, acompañantes o colaboradores, sin reconocerles su posición como sujetos merecedores de una atención de su estado de salud personalizada, como todo sujeto de derecho merece.

Dado que las TERAS son exclusivas para las mujeres y excluyentes para los varones³⁴, el considerar su acceso como parte del contenido protegido del derecho a la salud reproductiva implica que en la práctica se promueva un sistema de atención de la salud reproductiva discriminatorio que brinde un trato diferenciado injustificado en perjuicio de los varones, y lesione su derecho a la igualdad y no discriminación en la esfera de la vida y salud reproductiva. Además, en cuanto a justicia distributiva se refiere, no habría una asignación equitativa de recursos para la atención de la salud reproductiva femenina y de la salud reproductiva masculina, sin razones que justifiquen la diferenciación más aún cuando hoy en día se sabe que el 50% de los problemas de infertilidad se deben a factores masculinos.

En cuarto lugar, las TERAS son procedimientos innecesarios porque existen otros procedimientos más asequibles y efectivos cuya finalidad principal sí es restaurativa. Estos tratamientos están orientados a recuperar la fertilidad natural femenina y masculina para que varón y mujer por sí mismos y con cuerpos sanos puedan procrear. La rama de la Medicina que se encarga de esos tratamientos restaurativos es la Naprotecnología.

III. UNA EXPLICACIÓN TELEOLÓGICA DEL DERECHO A LA SALUD Y AUTONOMÍA REPRODUCTIVAS

Los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos que abarca el derecho de todas las personas a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos; el derecho a recibir toda la información necesaria para tomar decisiones en el ámbito reproduc-

³⁴ Reconocido por la Corte IDH en el caso Corte Interamericana de DD.HH., *ARTAVIA MURILLO Y OTROS C. COSTA RICA*, párrafo 299.

tivo y disponer de los medios para ello; el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud reproductiva y el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones o violencia³⁵. Se aprecia, entonces, que los derechos reproductivos tienen un contenido de libertad que exige la no injerencia ilegal o arbitraria de los Estados (y de particulares) en las decisiones relativas a la reproducción y un contenido prestacional que exige la intervención de los Estados con la provisión de la información necesaria y los recursos adecuados, asequibles y de calidad que garanticen el disfrute de la salud reproductiva en condiciones de igualdad.

Como derechos vigentes requieren que los Estados cumplan con obligaciones de respeto, protección, garantía y promoción para su realización efectiva. En lo que sigue defenderemos que hay falsas atribuciones y posiciones jurídicas que no forman parte del contenido protegido de los derechos reproductivos, con el fin de evidenciar que el posibilitar el acceso a las TERAS o su financiación (que devienen como reclamaciones de dichas posiciones) no forman parte de las obligaciones estatales para garantizar los derechos reproductivos. Es más, se revelará que el uso de las TERAS aumenta las posibilidades de tensiones y contradicciones en el contenido de estos derechos porque exalta la autonomía reproductiva y la impone sobre la salud reproductiva, lo que desequilibra o atomiza su relación. Consecuentemente, el acceso a estas técnicas contribuye a que los derechos reproductivos ya no se consideren tanto al servicio de la dignidad humana como de una autodeterminación casi absoluta³⁶.

Afirmamos ello porque, si bien la dignidad incluye el reconocimiento del valor de la libertad y el albedrío de cada persona, no puede reducirse a la autonomía individual. De lo contrario, “nos encontraríamos con que la dignidad del ser humano sería una contingencia en su vida, algo que puede darse o no (...)”³⁷. El ensalzamiento de un derecho humano por encima de otro contradice el acuerdo básico y mínimo sobre el significado de la dignidad humana recogido en la DUDH, donde la dignidad humana es entendida de manera integrada³⁸ como el fundamento de los derechos humanos, es decir, la dignidad de cada ser humano no se puede reducir a un aspecto u otro de la personalidad humana, sino que es respetada y garantizada en la totalidad de los derechos reconocidos.

Así, no nos adentraremos a describir las obligaciones que los derechos reproductivos exigen de parte de los Estados sino más bien a desmontar aquello que no forma parte de estos derechos ni de las obligaciones estatales para protegerlos.

³⁵ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.171/13/Rev.1, párr. 7.3; NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.177/20/Rev.1, párr. 95.

³⁶ MONTORO (2019) p. 552.

³⁷ BELLVER (2022) p. 679.

³⁸ CAROZZA (2022).

1. NO EXISTEN LOS LLAMADOS “DERECHO AL HIJO”, “DERECHO A LA PROCREACIÓN” O “DERECHO A LA REPRODUCCIÓN” Y ESTOS PSEUDODERECHOS NO SON PARTE DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.

La infertilidad como padecimiento personal y a la vez con gran proyección social ha dado paso a que el deseo insatisfecho del hijo se convierta en el “derecho al hijo”. Sin embargo, no existe como tal un derecho que ampare un bien de esta naturaleza, el hijo deseado, es decir, un hijo fabricado. Ningún tratado internacional ni carta fundamental reconoce un derecho humano o constitucional a tener hijos.

La comunidad internacional entiende que la existencia de este derecho contradeciría la dignidad del hijo³⁹, pues se le trataría como objeto de un derecho subjetivo de otro ser humano, susceptible de apropiación, en lugar de como un sujeto con vida y dignidad propia, como un valor en sí mismo⁴⁰. De lo contrario, si tal derecho humano existiera, nada impediría a una mujer exigir al Estado que le diera descendencia por cualquier medio y a cualquier precio, a través, por ejemplo, de una clonación o del uso del semen de su marido muerto hace años⁴¹. Sin embargo, vemos que estas cuestiones siguen siendo bastante discutibles desde el punto de vista bioético y también desde el jurídico en términos de la *res justa*, precisamente porque todos entendemos que un hijo no es una cosa debida a una persona, cuya garantía se le pueda reclamar al Estado.

Algunos autores admiten que en el campo de las TERAS lo que existe es un “derecho a la procreación”⁴², y que la limitación de este, es decir, no permitir que una mujer sola pueda utilizar las TERAS bajo la invocación del interés superior de un niño que no ha sido procreado, es una falacia⁴³ porque en el campo de la reproducción asistida lo que se tiene en consideración es, en primer término, a los adultos y por lo tanto se protege su autonomía y libertad⁴⁴.

Sin embargo, un supuesto derecho a la procreación mediante las TERAS se sostiene con base en dos ilusiones que estas técnicas han tratado de transformar en realidades irrefutables. La primera es que el resultado del acto reproductivo depende de una libertad, cuando, en realidad, este resultado (el hijo) es dependiente de fac-

³⁹ Y con ello se contradeciría normas *ius cogens* como la prohibición de discriminación, tratados internacionales de derechos humanos como la Convención sobre los Derechos del Niño, normas nacionales referidas a los derechos de niños y adolescentes, que reconocen a los hijos como verdaderos sujetos de derecho y todos los principios de la doctrina de protección integral que nos señalan al niño como una persona con iguales derechos que los adultos. El Comité de los Derechos del Niño se refiere, por ejemplo, al principio del interés superior del niño. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, CRC/C/GC/14, párrafo 5.

⁴⁰ PUERTO (2000) p. 136.

⁴¹ PUERTO (2000) p. 136.

⁴² ISLER (2010) pp. 4-7, GONZÁLEZ (2017) p. 519; GÓMEZ (1988), pp. 90-93.

⁴³ HERRERA (2017) p. 76.

⁴⁴ HERRERA (2017) p. 77.

tores inciertos sobre los que el ser humano tiene solamente un dominio relativo⁴⁵. El mismo pedido de ayuda de parejas infértiles deseosos de tener un hijo demuestra que la existencia de un hijo no depende de una libertad. De ahí la baja tasa de éxito de las TERAS. Es decir, el tener un hijo no es una libertad, intentar tenerlo sí.

En ese sentido, el Estado, en mérito a su obligación de respeto, no debe interferir en la libertad de las personas de buscar y usar los medios a su alcance para lograr tal fin y debe más bien garantizar, en otras palabras, proveer los medios que ayuden a las personas a alcanzar el propósito de tener hijos. Ello con la consideración, como dijimos antes, de que los medios que el Estado está obligado a facilitar deben ser adecuados, necesarios, asequibles y de calidad, que coadyuven a la finalidad reproductiva al tiempo que respetan la dignidad de todos los involucrados.

Además, con relación a la invocación del interés superior de un hijo que todavía no existe, como indica Álvarez, cuando los adultos manifiestan su intención de procrear y cuando dicha intención necesita para su concreción recurrir a acuerdos, contratos de servicio u otros, como sucede cuando se recurre a las TERAS, entonces el interés y las necesidades del menor deberían ser tuteladas desde el momento en que se manifiesta dicha intención⁴⁶. De forma complementaria, uno de los compromisos internacionales en materia de derechos reproductivos establece que “en el ejercicio del derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad (...)”⁴⁷.

Y la segunda ilusión es que está, *a priori*, justificado que una sociedad proporcione todos los recursos para que sus miembros puedan procrear. Esto se muestra en la pregunta retórica de Herrera –“¿Acaso no es el interés superior de los niños que estos puedan nacer y que ello sea producto de una decisión de los adultos?”⁴⁸– para justificar el acceso libre a las TERAS. Todo ello revela que el paso del deseo al derecho es patrimonio de la sociedad en la que vivimos, según la cual es socialmente aceptado que los hijos deben ser deseados. Como explica Calise, bajo esa premisa, la instrumentalización orientada por la satisfacción del deseo de tener un hijo es algo validado por la comunidad, la cual justifica que la cosificación de un ser humano no responde a motivos egoístas sino al deseo natural de formar una familia. Por lo tanto, la sociedad le exige al Derecho que reconozca tal prerrogativa y facilite los medios necesarios para su realización, especialmente en el caso de las personas infértiles⁴⁹. Además, están ciertos principios de solidaridad procreativa, a partir de los cuales como el deseo del hijo puede ser visto como un ‘bien’ esencial para la

⁴⁵ El Tribunal Europeo de DD.HH. se ha referido, por ejemplo, a un respeto a la “voluntad procreacional”, pero no a un reconocimiento expreso del “derecho a procrear” como tal derecho. Tribunal Europeo de DD.HH., *KNECHT C. RUMANÍA*.

⁴⁶ ÁLVAREZ (2017) p. 164.

⁴⁷ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.171/13/Rev.1, párr. 7.3.

⁴⁸ HERRERA (2017) p. 78.

⁴⁹ CALISE (2014) p. 49.

realización de ciertas personas, conviene favorecer su realización como un acto de solidaridad y de defensa de la libertad individual, dado que no hay razones para entender que la vida humana deba construirse sobre la base de algunos modelos, sino que cada uno pueda definir el modelo de su existencia de manera propia⁵⁰.

Sin embargo, desde el Derecho hay que decir que un “derecho al hijo” supone que el Estado estaría obligado a garantizar el objeto de este derecho. A pesar de ello, no es factible en la realidad que el Estado pueda asegurar la realización del objeto de tal derecho, es decir, la existencia del hijo. Se estaría admitiendo que los Estados están habilitados *ex ante* a incumplir con una de sus principales obligaciones en materia de derechos humanos. Así también, si existiera un “derecho al hijo”, cuando las parejas que han congelado embriones se separan, la persona que desea tener el hijo tendría una pretensión más fuerte que la que no lo desea para exigirle al Estado su protección. Una especie de “derecho implícito a la implantación”. ¿Cómo podría de otra manera el Estado proteger y garantizar el derecho de quien quiere tener un hijo biológico (siendo esta su única oportunidad) ante la negativa de la expareja que ya no desea tenerlo? Y si un tribunal rechazara la petición de una mujer de que se le transfiera el embrión congelado ante la negativa de su expareja, que fue lo que precisamente pasó en el caso *Evans vs. Reino Unido* ¿cómo podría dicho tribunal justificar que con esa decisión está actuando a favor de la mujer y de su derecho al hijo, a la luz del principio *pro homine*? El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no tuvo que desarrollar una justificación porque no reconoce este derecho como tal.

En esa línea, se dice que en la jurisprudencia varios tribunales regionales han hecho eco del “derecho a tener hijos” a partir de otros derechos reconocidos en el tratado que supervisan. Debemos aclarar que si bien el TEDH ha concedido protección, especialmente en su primera jurisprudencia, a los nacionales a los que se les había privado del acceso a la reproducción asistida en determinadas circunstancias concretas a través de una interpretación extensiva del artículo 8 del CEDH⁵¹; en ningún momento esta Corte ha reconocido explícitamente un “derecho a la procreación” y como parte de este el acceso incondicionado a las TERAS.

⁵⁰ CALISE (2014) p. 50.

⁵¹ Según la cual, el respeto a la privacidad incluye el derecho de las personas a decidir tener hijos y a acceder a las técnicas necesarias para ser madres y padres biológicos. Tribunal Europeo de DD.HH., *DICKSON VS. THE UNITED KINGDOM*; Tribunal Europeo de DD.HH., *COSTA AND PAVAN VS. ITALY*. Se afirma que la Corte IDH en su sentencia del caso *Artavia Murillo* refuerza la jurisprudencia del TEDH porque adscribe derechos de autonomía reproductiva, entre otros, al artículo 11.2 de la CADH que reconoce el derecho a la privacidad. Corte Interamericana de DD.HH., *ATALA RIFFO C. CHILE*. Mientras que, a nivel nacional, la Corte Suprema de Estados Unidos ha desarrollado jurisprudencialmente la tesis de que el derecho a la privacidad incorpora intereses de autonomía. *GRISWOLD ET AL. V. CONNECTICUT*, 381 U.S. 479 (1965); *PLANNED PARENTHOOD OF SOUTHEASTERN PA. V. CASEY*, 505 U.S. 833 (1992).

Es más, cada día se advierte que este tribunal viene reconociendo un creciente margen de apreciación nacional a los Estados en materia reproductiva⁵². Esto refuerza que no hay consenso internacional entre los Estados respecto a la existencia de aquellos supuestos derechos y que en todo caso las autoridades nacionales se encuentran en una mejor posición que un tribunal internacional para la regulación de las cuestiones privadas de índole ético vinculadas a la reproducción.

En conclusión, no existe el “derecho al hijo” o “a la reproducción” y estos pseudoderechos al no formar parte de los derechos reproductivos no son atribuciones que se puedan limitar o lesionar, dado que solo es posible restringir de un derecho aquello que forma parte del ámbito de su funcionamiento regular. Todo lo que está fuera de ese espacio, como la pretensión de obtener un hijo a través de las TERAS, no es un auténtico derecho porque está precisamente fuera de la actuación armónica de los derechos reproductivos entre sí y con otros derechos humanos, y en aplicación del *pro homine* no debiera ampararse.

2. EL DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA NO SUPONE LA GARANTÍA DEL HIJO, PROTEGE LA FAMILIA COMO UN BIEN EN SÍ MISMO Y ESTABLECE RELACIONES DE JUSTICIA ENTRE SUS MIEMBROS, POR LO QUE NO DEBERÍA SER REDUCIDO A CONVERTIRSE EN LA VALIDACIÓN DEL DESEO INDIVIDUAL ILIMITADO DE SUS MIEMBROS.

Para algunos autores, no existiría un “derecho al hijo”, sino la manifestación de la autonomía de la voluntad en el ejercicio del derecho a formar una familia, siendo las TERAS un modo o medio para su ejecución o por lo menos para procurar ejercer este derecho.

El derecho a fundar una familia no contempla dentro de su contenido la obtención de un hijo y, por tanto, no supone la garantía de este. Lo contrario nos haría suponer que solo son familias las que tienen hijos. Es decir, ni el particular puede exigirle al Estado que le dé un hijo en mérito a su derecho a fundar una familia, ni el Estado está obligado a proveer hijos en razón a su obligación de proteger y garantizar el derecho a fundar una familia de los particulares. Dicho esto, si las TERAS tienen como propósito único (exclusivo) y posible (no pueden lograr otra cosa) la obtención de un hijo es válido decir que el uso de las TERAS no forma parte del contenido del derecho a fundar una familia, que esta tecnología reproductiva no es una manera de alcanzar el fin o realizar el bien más amplio que protege aquel derecho que, como dijimos, no es exclusivamente el tener hijos. Por lo tanto, del derecho a fundar una familia no se sigue el “derecho” a acceder libremente a las TERAS.

Además, por ser la familia un lugar de relaciones fundamentales que son constitutivas del florecimiento humano constituye en sí misma un bien necesario para la persona y la sociedad. Por consiguiente, la familia no debería ser reducida al sostenimiento de relaciones interpersonales para satisfacer intereses individualistas, es decir,

⁵² Tribunal Europeo de DD.HH., *EVANS vs. REINO UNIDO*; Tribunal Europeo de DD.HH., *S.H. Y OTROS vs. AUSTRIA*; Tribunal Europeo de DD.HH., *D. Y OTROS vs. BÉLGICA*; Tribunal Europeo de DD.HH., *PARRILLO vs. ITALIA*; Tribunal Europeo de DD.HH., *PARADISO Y CAMPANELLI vs. ITALIA*.

a una forma de relación instrumental. Las familias se caracterizan fundamentalmente por las relaciones íntimas y constitutivas entre las personas que las conforman y, como tales, existen deberes mutuos en la relación, así como derechos recíprocamente correlativos. Tanto los derechos como los deberes protegen los intereses de la relación misma, de la unidad relacional que existe en el marco de la familia⁵³. Es decir, los derechos de las familias y en las familias son ante todo derechos relacionales.

El concebir el uso de las TERAS como una parte o manifestación del derecho a fundar una familia supone reducir la misma a un conglomerado de intereses individuales y, por ende, a la instrumentalización de sus miembros para la validación de deseos individualizados, en violación directa de sus derechos y deberes como parte de la sociedad familiar. Las familias como tales tienen un significado y un propósito social más amplio que el de promover el deseo ávido del hijo biológico. En ese sentido, ningún miembro presente o futuro de la familia debería ser usado para satisfacer deseos personales de otros miembros de la unidad familiar.

Como indica Aparisi “Del reconocimiento de la dignidad se deriva la exigencia ética y jurídica de no instrumentalización del ser humano (...)”⁵⁴, lo cual implica la necesidad de defender la cualidad de cada persona integrante del grupo familiar de ser fin en sí mismo, frente a cualquier tipo de interés de su entorno o de la sociedad, y de no ser rebajado a la categoría de medio en ninguna circunstancia, ni siquiera de carácter excepcional.

En ese sentido, es infundado el argumento que plantea el caso de menores que nacen en familias sin padre al existir madres solteras para afirmar que no habría razones suficientes por las que debería impedirse a una mujer soltera infértil tener un hijo a través de las TERAS, especialmente si permitiéndoles tener hijos con la reproducción asistida servirá para que estas mujeres puedan vivir en condiciones de igualdad respecto a las mujeres solteras que pueden engendrar de forma natural, sin que nadie pueda impedirlo⁵⁵. Es infundado porque la existencia de circunstancias lamentables de desamparo de menores o de familias en las que falta el padre no conlleva que el Derecho tenga que crear o alentar este tipo de situaciones. Efectivamente un niño puede ser adecuadamente criado en una familia en la que la madre se ve compelida, por otras circunstancias, a sacar a su hijo adelante ella sola; pero la falta del padre no es un valor social que la norma deba fomentar o proteger, porque el rol del padre en la educación del hijo también resulta importante y ha de proporcionarse al niño siempre que fuera posible⁵⁶.

Además, en términos bioéticos, el reconocer que mujeres solteras infértiles puedan tener hijos a través de las TERAS atentaría contra el principio de la autonomía, ya que el individuo por nacer no sería libre, sino una mercancía fabricada para

⁵³ CAROZZA (2022).

⁵⁴ APARISI (2013) p. 217.

⁵⁵ PUERTO (2000) p. 136.

⁵⁶ PUERTO (2000) p. 137.

satisfacer los deseos de otros y para que sus madres conformen familias similares a las de las madres solteras.

Asimismo, debemos tener presente que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad donde la vulnerabilidad es cotidianamente encontrada en un “otro” y reconocida a la vez en uno mismo. Dicha vulnerabilidad, entendida como una condición fáctica y constitutiva del ser humano, nos remite necesariamente a la interdependencia⁵⁷ entre los integrantes de la familia. Una interdependencia que, no solo es necesaria, sino además idónea para la consecución de los bienes imprescindibles para el florecimiento de la vida personal y familiar. Dicho esto, es evidente que la infertilidad representa para la familia que la padece una condición de vulnerabilidad inevitable y, en ese sentido, la interdependencia debería expresarse en relaciones de cooperación y ayuda mutua. Cuando se acuden a las TERAS la interdependencia se expresa de forma meramente instrumental y poco responsable porque se dispone de la integridad corporal y psíquica de uno o más miembros como un medio para obtener un hijo. Es decir, la vulnerabilidad de unos termina siendo superada a costa de la instrumentalización de otros, causando daño tanto al que instrumentaliza como al que es usado, igual o peor que el daño que pueda ocasionar la infertilidad. Así pues, estas técnicas distorsionan la percepción de los valores jurídicos, desconectan las consecuencias de los actos humanos de su finalidad inicial y difuminan el sentido de la responsabilidad de las personas que integran la familia⁵⁸.

3. LOS ESTADOS NO ESTÁN OBLIGADOS A PERMITIR Y A FINANCIAR EL ACCESO A LAS TERAS PARA PROTEGER Y GARANTIZAR EL DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA. LAS TERAS NO SE DEBERÍAN ACEPTAR COMO ALTERNATIVAS PARA LA REPRODUCCIÓN HUMANA POR EL DAÑO QUE PRODUCEN A LOS INTERVINIENTES.

Dentro de los derechos reproductivos está el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. En el Sistema Interamericano, el Protocolo de San Salvador contiene un desarrollo notable del derecho a la salud que se puede hacer extensivo al derecho a la salud reproductiva, porque no solo reconoce el derecho de las personas a gozar del nivel más alto posible de salud física y mental, sino que también establece que los Estados parte reconocen la salud como un “bien público”, y describe un conjunto de medidas para el cumplimiento y la garantía de este⁵⁹. Una de estas medidas es el tratamiento y prevención de enfermedades. Lamentablemente, uno de los problemas más graves que continúa afectando la salud reproductiva de mujeres y varones es la infertilidad, que, como sabemos, es síntoma o consecuencia de diversas enfermedades en los sistemas relacionados con la reproducción. También en ese sentido lo entendió el Programa de Acción de El Cairo

⁵⁷ BELLVER (2022) pp. 681-682.

⁵⁸ VIDAL (2019) p. 507.

⁵⁹ PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

cuando estableció que la atención primaria de la salud debería abarcar, entre otras cosas, la prevención y el tratamiento adecuado de la infertilidad⁶⁰. Es lógico que las TERAS, al no tener efecto terapéutico alguno sobre el incapaz de concebir ni servir para prevenir la infertilidad, no sean incluidas en los servicios específicos de salud reproductiva.

Además, la atención de la salud reproductiva debería incidir más en la prevención de la infertilidad. Tal como lo establece el Comité DESC, en su Observación General No. 14, una

estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud de la mujer a lo largo de toda su vida debe prever en particular las intervenciones con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia reproductiva⁶¹.

Es decir, los Estados en atención a su obligación de cumplir, deben garantizar la atención de la salud reproductiva, en particular estableciendo programas de detección temprana y tratamiento de enfermedades, como el síndrome de ovario poliquístico, la endometriosis y el hipotiroidismo, que puedan afectar la salud reproductiva de las mujeres; sin dejar de lado las necesidades de salud reproductiva de los varones. Mientras la protección del derecho a la salud reproductiva debe enfocarse en prevenir, investigar e informar posibles enfermedades, las TERAS nada tienen que ver con esos asuntos puesto que se aplican innecesariamente en un segundo momento, cuando ya hay cuerpos enfermos e infértiles.

Las TERAS no tienen ninguna aplicabilidad e incidencia en la promoción, mantenimiento y restablecimiento de la salud reproductiva. Es más, estas técnicas operan y pueden mantenerse vigentes bajo el supuesto de que más personas y parejas no puedan tener hijos debido a su infertilidad, creando así un círculo vicioso en la medida que su mayor difusión y accesibilidad repercute en que desde los sistemas de salud se ponga menos atención a la eliminación de los factores o causas que favorecen la infertilidad⁶². Los Estados que promueven, financian o incluyen las TERAS en sus servicios de salud, incumplen su obligación: i) de no difundir información errónea e imponer restricciones al derecho de las personas a tener acceso a información sobre la salud reproductiva; ii) de aplicar leyes y políticas que prohíban los comportamientos de terceros que causen daño a la integridad personal o menoscaben el pleno disfrute del derecho a la salud reproductiva; iii) de velar para que todas las personas y grupos tengan acceso a una educación integral sobre salud reproductiva; iv) de apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones referidas a su salud reproductiva; v) de velar por la apropiada formación

⁶⁰ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/CONF.171/13/Rev.1, párr. 7.6.

⁶¹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, E/C.12/2000/4, párr. 21.

⁶² BALLESTA (2011) p. 42.

de médicos y demás personal de salud para que estos se informen sobre los diversos tratamientos para la infertilidad, sepan aplicar dichos tratamientos y brinden a sus pacientes diferentes opciones de tratamiento, vi) de brindar un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos⁶³, que cubra tratamientos de infertilidad como la Naprotecnología; vii) de fomentar investigaciones médicas para conocer con detalle las causas de enfermedades que producen infertilidad y viii) de garantizar el acceso universal y equitativo a servicios aceptables y de calidad en materia de salud reproductiva⁶⁴.

Este Estado en lugar de incidir en la prevención de la infertilidad y el restablecimiento de la salud reproductiva, utiliza dicha infertilidad como legitimación para la utilización de unas técnicas⁶⁵ que además de tener una nula relación con la salud reproductiva, son invasivas y en la mayoría de los casos ineficaces con unas tasas de éxito muy reducidas.

Los Estados no solo no están obligados a permitir o financiar el uso de las TERAS para respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud reproductiva, sino que además no deberían aceptarlas como medios alternativos de reproducción por los riesgos y efectos indeseados que producen en sus usuarios, especialmente en las mujeres, ante los cuales los Estados mantienen el imperioso deber de intervenir para resguardar la integridad personal de aquellos. Si lo que se busca es la realización efectiva del derecho a la salud reproductiva en conjunto con el respeto a la dignidad y otros derechos humanos de los involucrados, entonces los Estados deben adoptar medidas en las que se tenga en cuenta la especificidad de las necesidades y los riesgos en materia de salud reproductiva tanto para mujeres como para varones. Particularidades que, como indica Noroña, se pueden enfocar desde dos aspectos: aquellos problemas específicos de cada sexo, asociados con causas estrictamente biológicas, y las formas en que ciertas normas, usos y costumbres repercuten en la salud reproductiva de varones y mujeres⁶⁶ (que las TERAS utilizan en perjuicio de las mujeres). Solo así se garantizará la satisfacción progresiva del derecho a la salud reproductiva de todas las personas independientemente de su sexo.

4. EL RECONOCIMIENTO DEL LLAMADO “DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD REPRODUCTIVA ASISTIDA” SUPONE UNA AFECTACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES Y NO ES EL MEDIO MÁS IDÓNEO PARA GARANTIZAR SU IGUALDAD, AUTONOMÍA Y SALUD REPRODUCTIVA.

Reguera Andrés ha planteado la existencia del derecho a la protección de la salud reproductiva asistida, como un derecho que surge ante la mayor presencia de la mujer en el ámbito público, lo que la lleva no pocas veces a tener que optar entre posición económica-laboral o maternidad, con el consecuente aumento de la infer-

⁶³ FACIO (2007) p. 79.

⁶⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, E/C.12/GC/22, párr. 39-47.

⁶⁵ LEMA (1999) p. 191.

⁶⁶ PÉREZ DUARTE (2002) p. 1025.

tilidad por motivos sociales. Según Reguera, no es inusual que la edad reproductiva se posponga por la necesidad de acceder, mantener o progresar en la carrera profesional; dando lugar a la consecuente infertilidad por el factor edad. Esto, además, es producto de un contexto sociolaboral que, en lugar de apoyar el ejercicio del derecho a la salud reproductiva mediante las TERAS, la perturba⁶⁷. Situación que es alarmante con la actual crisis económica que puede imposibilitar, aún más, la maternidad a muchas mujeres en edad fértil⁶⁸.

Se trataría de un derecho a la preservación de la fertilidad por los motivos sociales antes descritos, de modo que se facilite el ejercicio de la maternidad a través de las TERAS a edades más avanzadas. Un derecho que protegería a los trabajadores especialmente a las mujeres, con o sin pareja, que desean posponer sus deseos reproductivos hasta que su situación haga más favorable el intento de tener hijos. La defensa de un ‘derecho a la reproducción humana asistida’ por la discriminación que históricamente han sufrido las mujeres a quienes por mucho tiempo se había limitado su participación en el ámbito público (espacio laboral concretamente) en las mismas condiciones que los varones, se enmarca en un modelo feminista que data de los años sesenta. Con base en este modelo se cree que la lucha por la reivindicación de la mujer está superada cuando ésta logra su total independencia con respecto al varón y ocupa los lugares que en el mundo público solo habían pertenecido a los hombres, adoptando sus maneras e imitando los modos masculinos⁶⁹ para demostrar que las mujeres no son después de todo diferentes, sino que son iguales a los hombres.

Esta lucha por la igualdad de las mujeres justificaría que estas tengan que posponer o liberarse de la maternidad para lograr su competencia y posicionamiento en el espacio público. Sin embargo, el supuesto derecho que se desprende de este “acto emancipador” de la mujer que renuncia a la maternidad así como su modelo base, atentan directamente contra la identidad de la mujer, su feminidad (o modo de ser mujer), su verdad biológica y su propia condición de persona femenina, porque postulan que la única manera en la que las mujeres pueden progresar y autoafirmarse fuera del ámbito privado es la homologación a un modelo masculino en el mundo profesional y de reproducción, en el que además raramente tienen un absoluto control, siendo más bien objetos o instrumentos de la técnica reproductiva.

⁶⁷ Reguera menciona que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas decidió que una trabajadora que fue despedida una vez fecundados los óvulos in vitro y antes de la transferencia a su útero no estaba protegida por la Directiva 92/85/CEE (relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia) porque no se está aún ante una trabajadora embarazada y para evitar que la posibilidad de criopreservación de embriones, durante largo tiempo, antes de su implantación en el cuerpo de la mujer, pudiese dar lugar a supuestos de utilización abusiva de la técnica como blindaje ante un eventual despido. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *SABINE MAYR VS. BÄCKEREI UND KONDITOREI GERHARD FLÖCKNER OHG*.

⁶⁸ REGUERA (2013) p. 148.

⁶⁹ ELÓSEGUI (2002) pp. 50-52.

El reconocimiento de un derecho a la reproducción humana asistida por motivos sociales conculca la lucha para la igualdad de la mujer y la protección de sus derechos, en tanto perpetúa la universalización o extensión del modelo masculino de reproducción y paternidad (que permite separar del cuerpo de los varones el material biológico que se desarrollará en el cuerpo femenino) a las mujeres, en el que se separa la maternidad del inicio del proceso gestacional, considerando el cuerpo de la mujer como un receptor o recipiente del material biológico⁷⁰. Al aplicar esta separación se ignoraría la relación que se configura entre la madre-gestante y el concebido, y “el peculiar tipo de imbricación que este vínculo y su especial dimensión corporal y psicológica tiene en relación con la toma de decisiones de la mujer-madre-gestante”⁷¹. Este pseudoderecho, que tiene como fundamento la ruptura de la mujer con lo biológico tendría como parte de su contenido la ‘libertad’ de las mujeres para adecuarse al único modelo con el que por razones históricas y culturales pareciera que se puede alcanzar cierto despliegue personal, el masculino. Esta supuesta libertad es en realidad la aceptación de una exigencia de autoaniquilación, a partir de la cual se finge que son ‘como’ los varones en tanto adoptan la identidad asumida implícitamente como ‘normal’ y ‘normativa’ de la relación de igualdad sexual, lo que significa que dicha igualdad ha sido definida de modo que nunca puede ser alcanzada⁷².

Es cierto que la incorporación de la mujer al mercado laboral fue un avance importante en su proceso emancipador, que el cambio brusco que ha supuesto dicha incorporación se ha hecho en muchas ocasiones a costa de la maternidad, y que el dilema que hoy enfrentan las mujeres laboralmente activas que además desean ser madres es motivado. Sin embargo, un ‘derecho’ a la reproducción asistida no armonizará ambas realidades: la laboral y la maternal, ni contribuirá a una verdadera relación de igualdad entre varones y mujeres. Al contrario, cuando las mujeres exigen el reconocimiento de este pseudoderecho solo ayudan a que en las relaciones entre maternidad y ámbito laboral las mujeres que desean ser o son madres terminen, siendo ‘trabajadoras deficientes’ porque no pueden dedicarse constantemente al trabajo sin tener un tiempo biológicamente condicionado para la gestación o la lactancia, ni tener que ocuparse mayoritariamente del cuidado de los hijos. En otras palabras, a la vista de este pseudoderecho a la salud reproductiva asistida, las mujeres pueden ser trabajadores ejemplares, pero no madres; o podrían ser trabajadores ejemplares durante su juventud y madres en su madurez⁷³.

Este mal llamado derecho no permite para las mujeres y varones una distribución equitativa del trabajo y el cuidado de los hijos, repercute negativamente en la relación de las mujeres con el mercado laboral y contraviene el ejercicio efectivo de su derecho a la igualdad, autonomía y salud reproductivas.

⁷⁰ ÁLVAREZ (2017) p. 158.

⁷¹ ÁLVAREZ (2017) p. 158.

⁷² MACKINNON (1987) citado por FERNÁNDEZ (2023) p. 863.

⁷³ ÁLVAREZ (2017) p. 158.

En cambio, si se reconoce la diferencia que existe entre lo femenino y lo masculino, los derechos reproductivos servirán para, desde una visión teleológica, proteger la interdependencia (de lo masculino y lo femenino) de esa diferencia con un sentido de corresponsabilidad en lo privado, público, laboral y político. De esa manera, estos derechos reproductivos podrán contribuir al respeto de las diferencias y a la lucha contra las desigualdades en lo relativo a las condiciones materiales básicas de vida⁷⁴; y a una readaptación del mercado laboral y de la sociedad, en los que prime el valor de que lo familiar y lo laboral es tanto del hombre como de la mujer⁷⁵, y no se perjudique en su carrera profesional a mujeres y varones que realizan labores de cuidado. Este entendimiento de los derechos reproductivos reconoce el igual valor de lo productivo y lo reproductivo⁷⁶ a diferencia de la subordinación de este respecto de aquel que el pseudoderecho a la salud reproductiva asistida intenta imponer.

Finalmente, hay que decir que han sido las mismas TERAS las que han inducido esta ‘infertilidad por motivos sociales’ porque desde el momento que ofrecen una forma de reproducción alternativa a la natural favorecen directamente la infertilidad, la cual ha pasado de ser un problema médico a una construcción social⁷⁷. A partir de este constructo, aparecen derechos imaginarios como el que acabamos de explicar o el ‘derecho a la maternidad’. Entendido este como “el derecho de toda mujer de ser madre sin renunciar a ningún ámbito de realización personal, sin verse discriminada por ese motivo y en igualdad de condiciones con los hombres”⁷⁸. Este ‘derecho’ desde luego no podría calificarse como un derecho humano o fundamental, dado que solo tendría como titulares a las mujeres y no a todos los seres humanos lo que atentaría contra el principio de igualdad⁷⁹; además que, desde un punto de vista filosófico-jurídico, no podría justificarse que la maternidad sea una necesidad básica de las mujeres.

⁷⁴ FERNÁNDEZ (2023) p. 866.

⁷⁵ ELÓSEGUI (2002) p. 88.

⁷⁶ FERNÁNDEZ (2023) p. 871.

⁷⁷ BALLESTA (2011) p. 33.

⁷⁸ MARRADES (2002) p. 65.

⁷⁹ Debemos aclarar que no existen derechos humanos o fundamentales reconocidos exclusivamente para una determinada categoría como mujeres o niños, sino el reconocimiento de una protección reforzada de los derechos universales para personas en condiciones vulnerables como niños, ancianos, personas con discapacidad, etc. En el caso del “derecho” a la maternidad, este no se configuraría como un supuesto de protección reforzada sino como la atribución de un derecho diferente y exclusivo para las mujeres, dado que solo ellas podrían ejercer dicha maternidad, lo que contradeciría el carácter universal de los derechos humanos. Como señala Ramírez el calificativo de humano de los derechos humanos se dirige a explicitar la causa de algunos de sus atributos distintivos, por ejemplo, la universalidad. RAMÍREZ (2015) p. 33. Así siguiendo a Rodríguez, sería contradictorio afirmar un derecho humano a la maternidad que no fuera propio de todos los seres humanos. RODRÍGUEZ (2006) p. 27.

5. EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA NO INCLUYE LA PRERROGATIVA DE MANIPULAR EL PROCESO REPRODUCTIVO PARA LA SATISFACCIÓN DEL DESEO DEL HIJO Y MÁS BIEN REQUIERE DE CIERTAS CONDICIONES PARA SU CONFIGURACIÓN.

Si bien nadie ni el propio Estado puede interferir en la decisión de ser o no madre o padre, en tanto esta decisión corresponde a la vida privada de las personas y está directamente relacionada con su autonomía reproductiva, el Estado no puede garantizarle a la persona que esta efectivamente llegue a ser padre o madre. La existencia de un hijo no depende de la mera autonomía o decisión; y menos puede el Estado ofrecer esa garantía por cualquier medio, porque, entonces, este accionar conllevaría la manipulación del proceso reproductivo con la consecuente cosificación del hijo que es visto como un producto fabricado y de la madre que es reducida a su función biológica y que pone su cuerpo a disposición para ser intervenido públicamente con miras a obtener dicho producto.

Por lo tanto, la autonomía reproductiva en cuanto a la voluntad o autodeterminación de tener o no hijos tiene límites, tanto naturales o biológicos como sociales. Los primeros marcan claramente una diferencia y distancia entre la voluntad (deseo) y la capacidad efectiva, y los segundos determinan que el ejercicio de la maternidad y paternidad y con ello de las decisiones reproductivas debe ser responsable. Es por tanto un error pensar que como parte del contenido del derecho a la autonomía reproductiva esté la capacidad de tener hijos o la facultad de obtenerlos por pura satisfacción de un deseo, sin un sentido de corresponsabilidad parental. Podríamos recurrir nuevamente al principio *pro homine* para obtener una interpretación más favorable del derecho a la autonomía reproductiva. A la luz de este principio, aclaramos que no son susceptibles de protección lo más amplia posible ni de restricción lo más restringida posible las prerrogativas que ni siquiera forman parte del contenido de un derecho, que están fuera de su alcance y funcionamiento regular con otros derechos. Por lo que, no es posible interpretar el derecho a la autonomía reproductiva como uno que comprende la prerrogativa de manipular el proceso reproductivo.

Muro y Polo haciendo referencia a la sentencia de la Corte IDH en el caso *Artavia*, indican que “la efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona”⁸⁰ y que ésta incluye “la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás por lo que es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad”⁸¹. Asimismo, las autoras destacan que para la Corte IDH “la vida privada está directamente relacionada con la autonomía reproductiva y con el acceso a los servicios de salud reproductiva, por tanto, la decisión de ser o no madre o padre es parte de este derecho e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido ge-

⁸⁰ Corte Interamericana de DD.HH., *ARTAVIA MURILLO Y OTROS C. COSTA RICA* Párrafo 143.

⁸¹ Corte Interamericana de DD.HH., *ARTAVIA MURILLO Y OTROS C. COSTA RICA* Párrafo 143.

nético o biológico”⁸². Sin embargo, las autoras soslayan que la autonomía personal, y, por lo tanto, la autonomía reproductiva, se define como “la capacidad de escribir la propia biografía eligiendo entre diversos bienes, lo cual constituye un ideal particular de la vida del hombre moderno”⁸³.

La autonomía reproductiva requiere “de un elenco adecuado de opciones”⁸⁴, en tanto que “la capacidad de construir un proyecto personal de existencia solo se da cuando existe un elenco de opciones entre las cuales elegir”⁸⁵. Es decir, tener ante sí opciones relevantes es una condición necesaria para la configuración de la autonomía reproductiva. Y, en consecuencia, las mujeres y varones con infertilidad que no tienen ante sí una gama de opciones suficientemente importantes no están en condiciones de ejercer su autonomía reproductiva. Las TERAS al no ser procedimientos apropiados para la infertilidad no forman parte del listado de opciones relevantes entre las cuales optar, y si a ello sumamos que muchas veces se las entiende u ofrece como el único o mejor recurso tecnológico disponible, tendremos que en estos casos no se cumplen los criterios necesarios que el ejercicio de la autonomía reproductiva requiere.

Además, dado que la autonomía reproductiva consiste en la capacidad para tomar decisiones que afectan significativamente la vida reproductiva del sujeto, estas decisiones deben reflejar las preferencias de ese sujeto. Sin embargo, cuando las opciones que la persona tiene ante sí son insuficientes o inadecuadas entonces no se dan las condiciones para que sus preferencias puedan expresarse⁸⁶. En materia reproductiva, las opciones son importantes porque le brindan a la persona alternativas u oportunidades entre las cuales elegir y porque le permiten exteriorizar sus preferencias. La misma Corte IDH ha dicho que el derecho humano a gozar de los beneficios del progreso de la ciencia y tecnología interactúa con el derecho a la libertad y “la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones”⁸⁷. En consecuencia, lo que protege el derecho a la autonomía reproductiva no es meramente la capacidad de autodeterminación en lo referido a la reproducción, sino que además la persona cuente con opciones adecuadas que le permitan manifestar sus preferencias, opciones que ayuden a configurar la existencia del bien protegido por este derecho.

Por otro lado, las opciones también son valiosas porque se refieren a un elemento de la autonomía que es externo al sujeto, y que permite hacer una valoración de la autonomía a partir de elementos objetivos que se relacionan con el contexto y

⁸² Corte Interamericana de DD.HH., *ARTAVIA MURILLO Y OTROS C. COSTA RICA* Párrafo 143.

⁸³ YARZA (2018) p. 215.

⁸⁴ RAZ (1988) pp. 372-378.

⁸⁵ RAZ (1988) pp. 372-378.

⁸⁶ ÁLVAREZ (2017) p. 151.

⁸⁷ Corte Interamericana de DD.HH., *ARTAVIA MURILLO Y OTROS C. COSTA RICA* Párrafo 142 in fine.

las relaciones en las que se inscribe la acción del sujeto⁸⁸. En esa línea, propiciar la autonomía reproductiva desde el ámbito jurídico requiere tomar en cuenta la posición de las personas en su entorno. Para ello las decisiones reproductivas deben ubicarse en el contexto en que son tomadas; en otras palabras, hace falta que se preste atención al entramado de relaciones y significados que intervienen en la construcción de las opciones reproductivas⁸⁹. Así, respecto a las decisiones reproductivas ante la infertilidad ¿no es relevante acaso la afectación mental y social que esta discapacidad acarrea?, ¿no es relevante el imperativo cultural de algunas sociedades de una maternidad mal entendida?, ¿no es relevante la carga simbólica que acompaña al discurso sobre la maternidad biológica?, ¿no es relevante el distanciamiento de los varones del proceso reproductivo que la misma práctica de las TERAS ha normalizado?, o ¿no es relevante la exclusión a la atención de la salud reproductiva de los varones que las TERAS también han secundado? Todos estos elementos desde luego son relevantes, aunque pasen desapercibidos, y de alguna manera influyen y hasta condicionan la decisión de la mujer y pareja de someterse a las TERAS.

La autonomía reproductiva es, entonces, una capacidad cuyo ejercicio se da con arreglo al tipo de estímulos, incentivos, situaciones, relaciones o entorno con que se confronta el agente, y las opciones relevantes se configuran a partir de todos aquellos factores que conforman el marco de toma de decisiones de una persona⁹⁰. Ante esto, el Estado tiene una función importante para que diversas opciones relevantes se presenten como tales ante la persona. Si la persona es consciente de que ser autónomo no es apartarse o aislarse de los demás sino tomar en cuenta el contexto y las relaciones a las que se enfrenta⁹¹, y si percibe que las opciones que se le presentan son razonables y factibles para sí, entonces podrá de forma autónoma identificar, seleccionar y concretar una forma de obrar. De ese modo, el Estado estará cumpliendo con adoptar medidas que garanticen y promuevan el efectivo ejercicio del derecho a la autonomía reproductiva.

A contrario sensu, cuando las TERAS se ofrecen como una opción pertinente, necesaria o única, y no se toman en cuenta el entramado de relaciones y posiciones en las que se encuentran las personas con infertilidad, no se estarán ofreciendo las condiciones válidas para ejercer con mayor intensidad⁹² una autonomía reproductiva. En estas circunstancias, se puede afirmar que la mujer y pareja que se somete a las TERAS se encuentra en una situación de ‘libertad condicionada’. Lo mismo sucede respecto a la posibilidad de desarrollar un proyecto de vida en el que ser madre o padre

⁸⁸ RAZ (1988) pp. 373-390.

⁸⁹ ÁLVAREZ (2017) p. 145.

⁹⁰ ÁLVAREZ (2017) p. 152.

⁹¹ ÁLVAREZ (2017) p. 150.

⁹² El ejercicio de la autonomía reproductiva nunca se presenta como una capacidad absoluta, sino que se presenta con mayor o menor intensidad.

sea una aspiración esencial, pues no es posible la realización de este proyecto si el ser humano carece de opciones que le permitan elegir y realizar su proyecto personal⁹³.

Por otro lado, la mujer en ejercicio de su autonomía reproductiva no tiene por qué renunciar o deshacerse de la maternidad ni asumir el modelo masculino en sus relaciones y funciones. No es más autónoma al buscar por cualquier medio ser madre ni al postergar la maternidad por motivos sociales. La misma CEDAW, aún con sus propias contradicciones,

destaca y reconoce la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, así como el hecho de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación; en todo caso, la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto. En el inciso b) del art. 5 se cita la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y desarrollo de los hijos⁹⁴.

Es decir, el ejercicio de la autonomía reproductiva supone, en primer lugar, admitir la diferencia biológica objetiva entre hombre y mujer, que justifica que las mujeres en lugar de postergar la maternidad le exijan al Estado medidas legislativas diferenciales para la protección del embarazo y la maternidad⁹⁵; y en segundo lugar, reconocer que esta libertad no se justifica en la pura elección individual sino en el bien humano al que sirve. Es decir, la autonomía reproductiva no es un fin en sí misma, sino que posee un *telos* que la justifica, que es su fin y límite. Sobre esto nos referiremos en el siguiente apartado.

6. LA FINALIDAD DE LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA NO ES EL OBTENER UN HIJO CUANDO ASÍ SE DESEA, DE AHÍ QUE EL ACCESO A LAS TERAS NO FORME PARTE DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA O, EN TODO CASO, ESTE ÚLTIMO NO ES FUNDAMENTO PARA PERMITIR EL USO DE LAS TERAS.

Raz decía “querer algo no es una razón para hacerlo”⁹⁶. Simón Yarza decía que “el hecho de querer algo no es una razón suficiente para hacerlo, en el sentido de que no se justifica por sí mismo”⁹⁷. Respecto al asunto que nos ocupa, podríamos afirmar que querer un hijo no es una razón para tenerlo. El deseo del hijo no es una razón suficiente para tratar de obtener aquello que se desea, y este deseo no es lo que da justificación a la autonomía reproductiva. La autonomía reproductiva entendida como libertad reproductiva es una condición necesaria para una vida humana plena y, en ese sentido, su justificación se encuentra en el desenvolvimiento de la

⁹³ SESSAREGO (2013) p. 183.

⁹⁴ ELÓSEGUI (2002) p. 100.

⁹⁵ La misma CEDAW reconoce que “Las medidas encaminadas a proteger la maternidad no se consideran discriminatorias” (art. 2).

⁹⁶ RAZ (1986) p. 389.

⁹⁷ YARZA (2018) p. 194.

variedad de bienes individuales y sociales, materiales y espirituales, que dan forma a la realización humana.

Así, sin perjuicio de que haya motivaciones emocionales, la libertad en materia reproductiva no se justifica en ellas, sino que se justifica en el obrar conforme a la razón, y el obrar conforme a la razón supone en primer lugar la prosecución de bienes humanos que la razón capta como tales a partir de las propias inclinaciones naturales del hombre.

En este caso, son importantes el bien o el aspecto del florecimiento humano que se procura con el ejercicio de la autonomía reproductiva y la razón que está detrás del deseo del hijo. Sobre esto último Raz en palabras de Yarza explica que los deseos están subordinados a las razones, y “uno no quiere ver satisfecho su deseo si la razón que funda el deseo está equivocada, incluso si uno continúa, por ignorancia, manteniendo el deseo. No es solo que uno no quiera tener deseos equivocados; es que uno no quiere verlos satisfechos”⁹⁸, porque uno no quiere tener una vida basada en la falsedad⁹⁹. De ahí que la satisfacción del deseo del hijo no pueda considerarse, como tal, un bien intrínseco.

Hay que decir además que la libertad reproductiva no es cualquier libertad, el bien que tutela tiene relación directa con otro ser humano dado que involucra la transmisión de la vida humana dando origen a otro ser de la misma especie. Por lo tanto, como plantea Lafferriere “(...) respecto a ese nuevo ser humano existe un concreto y exigible deber de justicia de respetarlo en su única e irrepetible dignidad”¹⁰⁰. Consecuentemente, es incompatible con el ejercicio de la autonomía reproductiva el pretender que el nuevo ser humano sea engendrado y tratado como mero material biológico manipulable y sujeto a controles de calidad. Lo cual nuevamente guarda relación con los límites del derecho a realizar un proyecto de vida en el que los hijos estén incluidos.

Asimismo, aunque la autonomía reproductiva es un aspecto valioso de la personalidad humana, no es el único, y como la dignidad humana no se reduce simplemente a un aspecto u otro de la personalidad humana, el respeto que tal dignidad exige no se limita a proteger la autonomía reproductiva¹⁰¹. Una comprensión errónea de los derechos reproductivos y de su fundamento tomará solo un aspecto aislado de la persona humana: su capacidad de elegir y ejercer cierto control sobre su reproducción, y lo exaltará a expensas de todos los demás aspectos, como su integridad personal, salud, sentido de responsabilidad respecto al florecimiento de otras

⁹⁸ YARZA (2018) p. 214.

⁹⁹ RAZ (1986) pp. 139-144.

¹⁰⁰ LAFFERRIERE (2021) p. 338.

¹⁰¹ Siguiendo a Aparisi, en un sentido integral y no reduccionista, el libre desarrollo de la personalidad debe entenderse no sólo como una exigencia de respeto a la autonomía de la persona, sino también como una obligación de garantizar que el desarrollo biológico de un ser humano incluido lo relacionado con su función reproductiva esté libre de toda intervención que lo afecte gravemente. APARISI (2013) p. 218.

personas, negando la integridad de la dignidad que le corresponde a los titulares de derechos reproductivos. Lo más importante es que, el creer que la utilización de las TERAS es una expresión de la autonomía reproductiva, se contradice con la evidencia disponible sobre lo que realmente sirve al bien de las personas involucradas, es decir, a su autonomía reproductiva. La mayoría de las personas infértiles que acuden a las TERAS lo hacen solo porque creen erróneamente que es el mejor o el único recurso tecnológico disponible para paliar su condición¹⁰², porque sufren a consecuencia del imperativo de la maternidad y paternidad biológicas, porque desconocen el sentido de la fecundidad paternal y maternal, entre otros motivos. Con la información, acompañamiento e instrucción adecuados la recurrencia a las TERAS disminuye significativamente.

Dicho lo anterior, la autonomía reproductiva no es total emancipación o autolegislación, sino que “solo es valiosa si es ejercitada en la prosecución del bien”¹⁰³ y, en sintonía, con su indivisibilidad e interdependencia con otros derechos humanos. Y dado que la satisfacción del deseo del hijo no puede considerarse un bien intrínseco, en tanto que “la satisfacción de deseos *qua* satisfacción de deseos no es intrínsecamente valiosa”¹⁰⁴, podemos afirmar que la finalidad de la autonomía reproductiva no es la de obtener un hijo cuando (porque) se desea el mismo, o por el solo deseo del mismo. Y en ese sentido, dado que el único objetivo de las TERAS es el proveer un hijo biológico a quien desea tener uno (satisfacer el deseo del hijo biológico), podemos concluir que el acceso a las TERAS no forma parte del ejercicio de la autonomía reproductiva o, en todo caso, esta última no es fundamento para permitir el uso de las TERAS.

IV. CONCLUSIONES

Los derechos reproductivos no están reconocidos explícitamente en ningún tratado de derechos humanos, pero gozan de amplia aceptación social y del convencimiento estatal de que su cumplimiento es una obligación jurídica internacional. No obstante, estos derechos tienen pendiente un importante cuestionamiento en el aspecto, que no es menor, de su fundamentación y caracterización, lo que ha llevado a que su protección se encuentre circunscrita, entre otras cosas, a garantizar el libre acceso a las TERAS. La vinculación de las TERAS con los derechos reproductivos es incongruente dado que ningún tratado internacional ni la práctica ulterior estatal reconoce consistentemente una obligación de autorizar las TERAS para garantizar los derechos reproductivos. Además, el uso de las TERAS desfigura el contenido y alcance de los derechos reproductivos porque estas técnicas i) no son medios adecua-

¹⁰² Esta es una de las conclusiones de una encuesta realizada en Arequipa (Perú) en el 2023, que se publicará en el artículo “Mitos y verdades de la reproducción humana asistida: un estudio de la percepción arequipeña sobre estas técnicas”.

¹⁰³ RAZ (1986) p. 381.

¹⁰⁴ YARZA (2018) p. 214.

dos, necesarios, asequibles y de calidad para tratar problemas de salud reproductiva; ii) contribuyen a que exista una tensión entre el derecho a la salud y la autonomía reproductivas exaltando esta última (erróneamente entendida) por encima de la primera; iii) se presentan equivocadamente como el mejor o único recurso tecnológico disponible y así se utilizan en muchas ocasiones a partir de una libertad condicionada y no del ejercicio de una verdadera autonomía reproductiva, lo que lleva a varones y mujeres a sufrir discriminación y violencia; iv) rompen la indivisibilidad e interrelación de los derechos reproductivos con otros derechos humanos de los intervinientes y vulneran la dignidad del ser humano al que se da origen.

Todos los pseudoderechos que abarcan el supuesto derecho al hijo, a fundar una familia a través de las TERAS, o a la reproducción asistida por motivos sociales no forman parte del elenco de derechos reproductivos. Se trata de pretensiones pertenecientes a la categoría ficticia de ‘derechos del deseo’, en la que el objeto tutelable sería la autonomía del deseo que solo responde al arbitrio de la persona. Para esta categoría de pseudoderechos, las TERAS sí tienen un rol y es el de procurar un remedio complaciente e inmediato para la enfermedad del deseo insatisfecho. Y, si bien el deseo del hijo no es de por sí malo tampoco es un bien valioso en sí mismo, que justifique el tener un hijo o el intentar tenerlo por cualquier medio y sin ninguna intromisión, ni el exigirle al Estado que provea uno o cuantos sean necesarios para hacer prevalecer el deseo del hijo biológico. Como esta categoría de pseudoderechos están despojados de un referente, un *telos* objetivo, en realidad no aportan al florecimiento del ser humano sino más bien a su deshumanización. En consecuencia, no son más libres, reproductivamente hablando, las mujeres y los varones que rendidos a la autonomía de su deseo positivo se fabrican a otro ser humano según sus exigencias o, en otros casos ante el deseo negativo se deshacen de él.

En cambio, los derechos reproductivos son derechos que tienen todas las personas para decidir con libertad y responsabilidad sobre su reproducción, de recibir la información necesaria para adoptar decisiones relativas a la reproducción y tomar estas decisiones sin sufrir discriminación, coacción o violencia, y para disfrutar del más alto nivel de salud reproductiva. El contenido de libertad de estos derechos exige de los titulares el ejercicio de una libertad ordenada de modo que no se vulneren otros de sus derechos humanos, y su sujeción a ciertos límites para su funcionamiento regular con derechos de terceros. Como el ejercicio de la autonomía reproductiva involucra la transmisión de la vida humana dando origen a otro ser de la misma especie, uno de sus límites lo constituye la obligación de respetar la dignidad de este otro ser humano.

En cuanto a su carácter prestacional, los derechos reproductivos exigen la intervención de los Estados con la provisión de recursos que garanticen su disfrute en condiciones de igualdad. En la ejecución de estas prestaciones los Estados no deberían valerse de un discurso que distorsiona el problema de la infertilidad y refuerza en las mujeres y los varones la búsqueda y realización de una identidad que los reduce a su función generativa. Este discurso y el uso extendido de las TERAS como si fuesen parte de los derechos reproductivos contribuyen a que estos derechos sigan

siendo elementos difusos y confusos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en las políticas públicas sobre temas de salud y autonomía reproductivas. Al contrario, el disponer recursos para la prevención, detección y el tratamiento de las causas de la infertilidad y para promover la paternidad y maternidad responsable, evitando limitarlos a su dimensión fisiológica, supondría un avance en el entendimiento y realización del derecho a la salud reproductiva en todas sus dimensiones.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ MEDINA, Silvina (2017): “La autonomía reproductiva. Relaciones de género, filiación y justicia”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, N° 35 (1): pp. 145-170.
- APARISI MIRALLES, Ángela (2013): “El principio de la dignidad humana como fundamento de un Bioderecho global”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXIV, N° 2: pp. 201-221.
- BARCADIT, Júlia (2020): *El precio de ser madre* (Barcelona, Apostroph).
- BALLESTA, Francisco (2011): “El equívoco de la esterilidad: ¿enfermedad o manipulación?”, *Revista de Bioética y Derecho*, N° 23: pp. 21-34.
- BELLVER CAPELLA, Vicente (2022): “Vulnerabilidad y derechos humanos” en HERRERA, Agustín (coord.), *Derechos Humanos: perspectivas de juristas iusnaturalistas* (Madrid, Tirant lo Blanch) pp. 677-694.
- BLADILO, Agustina y DE LA TORRE, Natalia y HERRERA, Marisa (2017): “Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis”, *Rev. IUS*, Vol. 11, N° 39: pp. 9-23.
- CALISE, Santiago (2014): “Dos justificaciones de la clonación humana reproductiva: el deseo del hijo y el valor de la vida”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 32: pp. 46-59.
- CAMBRON, Ascensión (2001): “Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: una aproximación desde la perspectiva de los derechos”, en CAMBRON, Ascensión (coord.), *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad* (Madrid, Editorial Trotta) pp. 165-210.
- CAROZZA, Paolo (2022): “Fundamental Rights and Fundamental Relationships: The Family as the ‘Fundamental Group Unit of Society’” in *Constitutional Law, conference on Plenary Session on the Family as Relational Good: The Challenge of Love*, The Pontifical Academy of Social Sciences Casina Pio IV, Vatican City April 27-29. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=aqy6LOVblac>. Fecha de consulta: 29/11/2023.
- CAROZZA, Paolo (s.f.): “The protean vocabulary of human rights” in Caritas in Veritate Foundation. Disponible en: <https://www.fciv.org/publications>
- FACIO, Alda (2008): *Los derechos reproductivos son derechos humanos* (Costa Rica, IIDH).
- FERNÁNDEZ RUÍZ-GÁLVEZ, Encarnación (2023): “Baby boom: feminismo en clave de comedia”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 49: pp. 859-872.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (2013): “Breves apuntes sobre el proyecto de vida y su proyección jurídica”, *Advocatus*, N° 28: pp. 177-197.
- ESPARZA PÉREZ, Rosa y CANO VALLE, Fernando (2018): “El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 51, N° 151: pp. 13-50.

- ELÓSEGUI María (2002): *Diez temas de género. Hombre y mujer ante los derechos productivos y reproductivos* (Madrid, Eiunsa).
- GÓMEZ MONTORO, Ángel (2019): “¿De qué hablamos cuando hablamos de Dignidad?” en ARAGÓN REYES, Manuel (dir.) y otros, *La Constitución de los españoles: Estudios en homenaje a Juan José Solozabal Echavarría* (Madrid, CEPC) pp. 539-558.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (1988): “Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Derecho Político*, N° 26: pp. 85-114.
- GÓNZALEZ ZÚÑIGA, Cynthia (2017): “El derecho a la procreación en el Estado de Derecho” en USCANA, Abril (dir. Congr.) y FERNÁNDEZ, Jesús (dir. Congr.), *Derechos y obligaciones en el estado de derecho: actas del III Coloquio Binacional México-España* (Oviedo) pp. 511-520.
- HERRERA, Marissa (2017): “¿Existe un derecho al hijo? El lugar y los límites de las técnicas de reproducción humana asistida”, *RJUAM*, Vol. 35, N° 1: pp. 73-113.
- ISLER SOTO, Erika (2010): “Aproximaciones y alcances del derecho a la procreación”, *Revista de Derecho Privado*, N° 43: pp. 3-25.
- LAFFERRIERE, Nicolás (2021): “Transhumanismo, regulación de las tecnologías reproductivas y dignidad humana”, *Persona Y Derecho*, Vol. 1, N° 84: pp. 329-346.
- LEMA AÑÓN, Carlos (1999): *Reproducción, poder y derecho* (Madrid, Editorial Trotta).
- MARRADES PUIG, Ana (2002): *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento* (Valencia, Universidad de Valencia).
- PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia (2002): “Una lectura de los derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva de género. Panorama internacional entre 1994 y 2001”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, N° 105: pp. 1001-1027.
- PUERTO, Juan José (2000): “La consideración de los nuevos derechos humanos en la legislación sobre reproducción asistida”, *Acta bioethica*, Vol. 6, N° 1: pp. 125-140.
- RAMÍREZ, Hugo y PALLARES, Pedro (2015): *Derechos Humanos* (Oxford, OUP).
- RAZ, Joseph (1988): *The morality of freedom* (Oxford, OUP).
- REGUERA ANDRÉS, M^a Cruz (2013): “El derecho a la protección de la salud reproductiva asistida: una cuestión de igualdad”, *DS : Derecho y salud*, Vol. 23, N° Extra 1: pp. 139-151.
- RODRÍGUEZ, Manuel (2006): “¿Qué son los derechos humanos?”, en MEGÍAS, José (coord.), *Manual de derechos humanos* (Thomson-Aranzadi, Cizur Menor) pp. 13-27.
- SÁNCHEZ HERNANDEZ, Carmen (2019): “La reproducción médica asistida en el marco de la vida privada y familiar”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXIX, N° 275: pp. 837-861.
- SIMÓN YARZA, Fernando (2018): *Entre el deseo y la razón. Los derechos humanos en la encrucijada* (Madrid, CEPC).
- TURNER SAELZER, Susan (2001): “Los derechos sexuales y reproductivos y su incidencia en la esterilización y procreación asistida”, *Revista De Derecho*, Vol. 12, N° 2: pp. 206-216.
- VIDAL MARTINEZ, Jaime (2019): “Acerca de la regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 10 bis: pp. 478-513.

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (02/11/1969).
- PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (17/11/1988).
- CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (18/12/1979).
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: “Conferencia Mundial de Derechos Humanos: Declaración y Programa de Acción de Viena”, N° 5, A/CONF.157/23 (12/08/1993).
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: “Conferencia Internacional de Derechos Humanos: Acta Final de la Conferencia de Derechos Humanos”, A/CONF.32/41 (13/05/1968).
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: “Primera Conferencia Mundial del año internacional de la Mujer: Documento final”, E/CONF.66/34 (02/07/1975).
- NACIONES UNIDAS, ECOSOC: “Tercera Conferencia Mundial sobre Población: Plan de Acción Mundial sobre Población”, E/5585 (02/10/1974)
- NACIONES UNIDAS, ECOSOC: “Conferencia Internacional sobre Población: Reporte final”, E/CONF.76119 (14/08/1984).
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: “Conferencia sobre el Medio Ambiente y Desarrollo: Informe”, A/CONF.151/26/Rev.1 (14/06/1992)
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: “Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo: Programa de acción”, A/CONF.171/13/Rev.1 (13/09/1994)
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: “Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer: Plataforma de acción”, A/CONF.177/20/Rev.1 (15/09/1995).
- NACIONES UNIDAS, CEPAL: “Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo”, LC/L.3697 (05/09/2013).
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: “Observación General No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, E/C.12/2000/4 (11/08/2000).
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: “Observación General No. 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva”, E/C.12/GC/22 (02/05/2016).
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General No. 14: sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, CRC/C/GC/14 (29/05/2013).
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER: “Observación General No. 35: sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19”, CEDAW/C/GC/35 (26/07/2017).

JURISPRUDENCIA CITADA

- GUZMÁN ALBARRACÍN Y OTRAS VS. ECUADOR* (2020): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 405.
- CUSCUL PIVARAL Y OTROS VS. GUATEMALA* (2018): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 359.

- I.V. CONTRA BOLIVIA* (2016): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 329.
- GONZÁLES LLUY Y OTROS VS. ECUADOR* (2015): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 298.
- ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE* (2012): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 239.
- ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA* (2012): Corte Interamericana de DD.HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 257.
- GUERRA Y OTROS VS. ITALIA*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 1 16/1996/735/932, 19/02/1998.
- L.C.B. VS. REINO UNIDO*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 14 /1997/798/1001, 09/06/1998.
- EVANS VS. REINO UNIDO*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 6339/05, 10/04/2007.
- DICKSON VS. THE UNITED KINGDOM*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 53924/00, 04/12/2007.
- S.H. Y OTROS VS. AUSTRIA*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 57813/00, 03/11/2011.
- COSTA AND PAVAN VS. ITALY*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 54270/10, 28/08/2012.
- KNECHT VS. RUMANÍA*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 10048/10, 2/10/2012.
- VILNES Y OTROS VS. NORUEGA*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 52806/09 y 22703/10, 05/12/2013.
- D. Y OTROS VS. BÉLGICA*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 29176/13, 08/07/2014.
- PARRILLO VS. ITALIA*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 46470/11, 27/08/2015.
- ÖZEL Y OTROS VS. TURQUÍA*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 14350/05, 15245/05 y 16051/05, 17/11/2015.
- PARADISO Y CAMPANELLI VS. ITALIA*, Tribunal Europeo de DD.HH., N° 25358/12, 24/01/2017.
- GRISWOLD ET AL. V. CONNECTICUT*, 381 U.S. 479 (1965).
- PLANNED PARENTHOOD OF SOUTHEASTERN PA. V. CASEY*, 505 U.S. 833 (1992)
- SABINE MAYR CONTRA BÄCKEREI UND KONDITOREI GERHARD FLÖCKNER OHG*, Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (Gran Sala), C-506/06, 26/02/2008.
- ONG “ACCIÓN DE LUCHA ANTICORRUPCIÓN”*, Tribunal Constitucional peruano, 02005-2009-PA/TC, 16/10/2009.
- DIEZ MIL SEISCIENTES CIUDADANOS CONTRA EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA*, Tribunal Constitucional peruano, 00008-2012-AI, 12/12/2012.
- ANDREA ÁLVAREZ*, Tribunal Constitucional peruano, 01423-2013-PHC/TC, 9/12/2015.

